

afuera. Como el Intendente de Coquimbo no hablada una palabra, ni de falta de idoneidad en los profesores, ni de mal método en la enseñanza, el señor Orrego creia inoportuna la indicacion hecha por el señor Santa-María.

El señor Barros Arana espuso, que segun decretos vijentes, se penaba a los establecimientos donde se cometieran abusos en la recepcion de exámenes, con la suspension del privilejio.

El Secretario replicó, que aun cuando convenia por su parte en que, cuando la esperiencia hubiera manifestado que eran irremediables los abusos de esta clase apesar de las medidas que se hubiesen tomado para correjirlos, debia suspenderse el privilejio; creia del caso advertir que los decretos a que acababa de aludir el señor Barros Arana, contenian una regla, no jeneral, sino solo aplicable a los Liceos de Cauquenes i San Felipe.

El señor vice-Patrono agregó, que habiendo el mismo señor Barros Arana denunciado algunas semanas antes varios abusos que se cometian en los exámenes de ciertos Liceos provinciales, el Consejo se estaba ocupando en arbitrar medios para correjirlos, sin que se hubiera pedido contra aquellos Liceos la suspension del privilejio de tomar exámenes válidos; i que, pues los abusos de que se acusaba al Seminario de la Serena eran referentes a exámenes, parecia justo proceder en este segundo caso ajustándose a los mismos principios segun los cuales se habia procedido en el primero. Así, creia aceptables las medidas propuestas por el señor Orrego i el Secretario, reduciendo el número de los Miembros de la comision examinadora a solo tres, de los cuales dos serian nombrados por el Consejo universitario.

En este estado de la discusion los señores Santa-María i Barros Arana hicieron indicacion para que se solicitara del señor Ministro de Instruccion pública, que mandara adelantar la informacion relativa al Seminario de la Serena, debiendo pedirse noticias, no solo al Intendente de Coquimbo, sino tambien al Obispo de aquella diócesis; lo que fué aprobado por unanimidad.

Con esto se levantó la sesion.

BOLETIN DE INSTRUCCION PÚBLICA.

Contestacion al informe sobre las dos Institutas presentadas a la Universidad para el estudio del Código civil, dado por el autor de una de ellas don José Clemente Fábres (a); i opinion de un abogado sobre lo que ha de ser una Instituta.

Señor Decano:—Recientemente ha llegado a mis manos el informe pa-

(a) Ese informe se registra en la página 359 del tomo anterior de los *Anales de la Universidad*.

sado a la Facultad de Leyes por la Comisión nombrada para examinar las Institutas presentadas con el objeto de que sirvan de texto en la enseñanza del Código civil; i espero que la ilustrada Facultad, i especialmente los distinguidos profesores que componen la Comisión, no llevarán a mal, i alcontrario oirán con gusto, las observaciones que me ha sugerido la lectura del enunciado informe.

Lo seguiré paso a paso en los diversos defectos que señala a mi obra.

1.º *Demasia lo extenso.*—Principia estableciendo que adolece del inconveniente de ser tanto o mas larga que el Código, no prestando por consiguiente ventaja alguna en este sentido. Pero la Comisión no advirtió cuán fácilmente nos engaña la vista al hacer comparaciones sin tener presentes los objetos sobre que recaen. En efecto, si se compara el número de páginas que tiene la 2.ª edición del Código, que son 357, con las que tiene mi obra que son 291; i si se nota que el tipo del Código es mas pequeño i que sus páginas contienen mas renglones, se conocerá con facilidad que aquella es por lo menos una quinta parte mas corta que el último. La Comisión conviene espresamente en que las notas no forman parte del texto, por eso solo he señalado las páginas de éste.

Conviene tambien dejar establecido que la Comisión reconoce que mi obra es completa, esto es, que no he omitido disposicion alguna del Código; i aunque no lo hace de una manera esplicita i categórica como fuera de desear, el esmero con que ha tratado de criticar todos sus defectos i errores, nos da una fuerte garantía de lo que afirmo en el prólogo. Bien segura puede estar la Facultad de que no hai omision alguna, porque, a no ser así, los ilustrados profesores la habrian indicado.

2.º *Malas definiciones.*—Se consideran tales: 1.ª la del estado civil, concebida en estos términos: «El conjunto de derechos i obligaciones señalados por la lei a una situacion particular de un individuo en la sociedad, lo que le confiere una calidad que toma el nombre correspondiente a esa situacion.» Dicen los señores profesores que esto no es el estado civil sino su consecuencia. Por mi parte, he mirado siempre como consecuencia del estado civil, el ejercicio, el uso de los derechos i el cumplimiento de las obligaciones, no los mismos derechos i obligaciones que forman la esencia o sustancia del estado, considerado civilmente o bajo su aspecto legal. En efecto, ¿qué es la paternidad legal o el estado de padre de familia? El conjunto de derechos i obligaciones que la lei señala al padre; ¿qué es filiacion legal o el estado de hijo de familia? El conjunto de derechos i obligaciones que la lei señala al hijo. Tenemos, pues, que distinguir tres cosas en el estado civil: 1.º los antecedentes o circunstancias legales que dan orijen al estado, tales como el matrimonio legal o el nacimiento lejítimo de un hijo, para producir el estado de casado o el de padre de familia, o el de hijo de familia; 2.º el estado mismo, que r.o

es otra cosa, considerado civilmente (i es el único aspecto bajo el que uebe considerársele) que el conjunto de los derechos i obligaciones que forman la sustancia civil o jurídica del estado, o como se dice en la escuela, los derechos i obligaciones *in habitu*; i 3.ª las consecuencias del estado, que son el ejercicio o uso de los derechos i el cumplimiento de las obligaciones, o como se dice en la escuela, los derechos i obligaciones *in actu*. Ahora bien, el estado de casado no es el matrimonio, sino que éste produce el estado, i el sacramento del matrimonio no es estado porque no es el conjunto de derechos i obligaciones, sino un signo sensible de gracia invisible, etc., i el ejercicio de los derechos del casado no es el estado sino la consecuencia del estado. Dicen ademas los ilustrados profesores que en mi definicion *hai algo de oscuro i confuso, i que aun prescindiendo de toda otra consideracion seria bastante para rechazarla i dar la preferencia a la del Código*. Veámosla, dice así: «La calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles.» Si la veneracion que los distinguidos profesores manifiestan por el Código no rayara en la idolatría se habrian apercebido del defecto capital, o mas bien, del error sustancial que envuelve esta definicion. Segun ella la calidad habilita para contraer obligaciones, siendo que éstas se contraen en el acto mismo de obtener la calidad; de manera que, segun el Código, el estado de casado es la calidad que habilita para contraer las obligaciones de casado, lo que supone que primero es estar casado, i que despues de cierto tiempo o de ciertos actos se contraen las obligaciones. No es menos notable la vaguedad de que se resiente, pues podria aplicarse sin dificultad a las diversas profesiones i aun a los empleos, desde que el médico, el abogado i el juez tienen una calidad que los habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles, faltando así a la primera regla de toda buena definicion, cual es que solo pueda aplicarse a la cosa definida.

Pero ¡quién no ve lo estéril de esta discusion escolástica! ¡quién no comprenderá lo que ha querido decir el Código! I mucho mas ¡quién no ve que mi definicion es mas lójica!—Sin embargo, la Comision me ha precisado a ello, pues no quiero avanzar proposicion alguna sin una demostracion rigorosa. Los señores profesores encuentran tambien algo de oscuro i confuso en mi definicion, pero no han tenido a bien señalarlo, i yo no lo encuentro. Dice ademas la Comision que la definicion de *las pruebas del estado civil es inútil*; ella dice así: «son los medios de justificacion que establece la lei para determinar la existencia de un hecho o « suceso que produce o termina el estado; así, por ejemplo, la muerte « comprobada es un suceso que pone fin a un estado i da orijen a otro.» Yo no he creído, ni creo inútil, que los alumnos se aperciban que por

pruebas del estado civil se entienden tambien los medios de justificacion de la terminacion del estado, i que ordinariamente, o por lo comun, la terminacion del estado da orijen a otro. No le veo por otra parte valor o importancia alguna a esta observacion.

Segunda definicion defectuosa.—«Llámase domiciliado el individuo « respecto del cual existe un lugar en el que puede ejercer ciertos derechos, « i que solo en él puede exijírsele el cumplimiento de sus obligaciones.» La Comision ha tenido a bien prescindir de las incorrecciones que dice se notan a primera vista, en este período; i como la frase es clara i no es en este caso de tan grave importancia la cuestion gramatical, prescindiré yo tambien de ocuparme de ella. El defecto capital que se señala a esta definicion es que no *se define la calidad de domiciliado, sino los efectos inherentes a esa calidad.* Desde luego, es de notar que este no es efecto, sino un requisito de una buena definicion; si los efectos son inherentes a la calidad, forman parte de su naturaleza o sustancia; i así a nadie se le ha ocurrido criticar que en la definicion del hombre se diga que piensa, que discurre, etc. ¿Quién ha dicho que no es lícito definir una cosa por sus efectos, aunque no sean inherentes, o por sus cualidades o dotes? Si la mayor parte i quizá todas las sustancias de las cosas se nos escapan ¿a qué ocurriríamos para hacer su definicion? Algunos, exajerando esta observacion, llegan a sostener que no debe hacerse definicion alguna: yo no soi de este sentir, ni tampoco parecen abrazarlo los señores profesores. Agregan éstos que por lo menos es inútil, pues ya estaba definido el domicilio. El Código lo define: «El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella.» La Comision no ha notado que aquí se falta a la segunda regla de toda definicion, cual es que comprenda toda la cosa definida. En efecto, en ella no se expresa ni indica el domicilio por contrato, que establece, en el mismo párrafo el art. 69, pues solo habla de la residencia; al paso que en mi definicion están comprendidas las tres fuentes del domicilio. Por otra parte, nadie dudará que es mas jurídico i mas lógico decir que el domicilio es el lugar donde se pueden ejercer derechos i se deben cumplir obligaciones, i que es tambien mas perceptible para el alumno i para todos, que decir que el domicilio es la residencia, porque esto es solo la fuente del domicilio. Véase ademas como lo define el famoso Zochariæ: «Le domicile est « *le lieu* où, aux yeux de la loi, une personne demeure, d'une façon permanente, pour l'exercice de ses droits et l'acquit de ses obligations, « bien qu'en fait elle n'y soit pas toujours présente:» i poco despues agrega: «Le domicile civil, e'est-a-dire, *le lieu* où une personne est censée toujours présente, sous le double rapport de ses droits et des ses « obligations, est ou général ou spécial.»

Tercera definicion defectuosa.—La de la tutela o curaduría, que dice:

«El cargo que impone la obligacion de cuidar i proteger la persona i bienes, juntamente o solamente los últimos, de la persona que no puede hacerlo por sí misma competentemente i que no está sujeto a poder de padre o marido.» Nótasele el grave defecto de la repeticion de la palabra *persona*, que con pequeña induljencia la salvaria el lector convirtiendo la segunda en el pronombre *aquel*; con lo que no habrian tenido necesidad los señores profesores de copiar con la terminacion femenina las palabras *mismo* i *sujeto* que se encuentran en mi libro. Es ademas, se dice, una impropiedad aplicar la palabra *protejer* a los bienes; pero en el diccionario castellano encuentro como ejemplo de aplicacion de este verbo, las frases, *protejiéron el campamento con una bateria*; *protejerán la costa con una escuadra*; i en el diccionario frances de Bescherelle la primera significacion que aparece es: «Prendre la defense de aquel qu'ún, de quelque chose.» No se estraña la cita del diccionario frances, puesto que en ambos idiomas tiene este verbo la misma significacion i aplicacion i la misma etimología. Tenemos entonces que puede decirse con mucha propiedad i en sentido literal, *protejer los intereses*, *protejer el honor*, *protejer los bienes de alguno*. I he dicho sentido literal, porque el uso constante i comunísimo ha hecho que no se le mire ya como figurado, no obstante que en el diccionario latino de Facciolati encontramos: «Absolute protejere est tectum projicere, seu projecturam in tecto ædium facere:» Se dice por último que en esta definicion no se hace *alusion alguna al tutor o curador*; i no se repara que las palabras *cargo* i *obligacion* empleadas en ellas, suponen necesariamente una persona en que recaigan, desde que se espresa en qué consiste el cargo i la obligacion. Los señores profesores no han comprendido tampoco que el objeto que me propuse al separarme de las palabras de la lei, fué inculcar en la intelijencia de los alumnos las dos clases de curadurías: una que recae solo en los bienes, i otra que abraza los bienes i la persona, lo que aparece de manifesto en el texto.

Tales son los ejemplos de definiciones defectuosas que la Comision presenta; i como de ordinario se toma para ejemplo lo mas notable en su clase, debemos creer que las otras definiciones que empleo en mi obra son menos defectuosas. Ahora bien, si he demostrado que los defectos apuntados por la Comision no son tales, o no adolecen de ellos mis definiciones, ¡tendré derecho para deducir que de ellas puede sacar provecho la enseñanza! ¡tendré derecho para negar que, bajo este respecto, sea *perligrosísimo* poner mi libro en manos de principiantes!

3.º *Malas clasificaciones i divisiones*.—Se reputan tales: 1.ª la que se hace de los derechos i obligaciones entre los cónyuges, i se le señala como falta grave que haya incluido entre las obligaciones de la mujer, *muchas que no son propiamente obligaciones sino inhabilidades inherentes a su estado particular de mujer casada*; como la de *no poder presentarse en jui-*

io, *ludeno podercontratar*, etc. Bastaría para desvanecer esta observacion fijarse en el epígrafe que lleva título VI, i que dice: *Obligaciones i derechos entre los cónyuges*. Si las que yo señalo en mi libro como obligaciones de la mujer, i que la Comision llama inhabilidades, se encuentran en dicho título, es claro que la falta será del Código i no mia. Pero no es falta del Código ni mia, porque las que señala la Comision como inhabilidades son propiamente verdaderas obligaciones. Inhábil es el padre para maltratar a su hijo, inhábil es el mandatario para comprar los bienes del mandante, inhábil es el guardador para comprar los bienes del pupilo, inhábil es cualquier hombre para dañar a su semejante; i ¿podrá negarse que estas sean otras tantas obligaciones? De ninguna manera, pues siempre que tenemos obligacion, o mas bien dicho, siempre que la lei nos prohíbe alguna cosa, somos inhábiles para ejecutar lo que se nos prohíbe, o lo que es lo mismo, tenemos obligacion de no ejecutarlo. Tenemos entonces que con igual derecho podria yo decir a la Comision que las que señala como inhabilidades son verdaderas prohibiciones; con lo que no haria otra cosa que un juego de palabras, puesto que las inhabilidades son verdaderas obligaciones i que tambien pueden llamarse prohibiciones. Quedará aun mas desvanecida la observacion, si se nota que las obligaciones de la mujer pueden llamarse derechos del marido, desde que una i otra cosa son correlativas. Lejos, pues, de haber cometido una grave falta en esa clasificacion, he sido fiel a las teorías del Código i a las de una sana filosofía.

Segunda clasificacion defectuosa.—La que hago de las incapacidades para la tutela o curaduría, dividiéndolas en absolutas i relativas. Dícese que esta division es demasiado jeneral; pero no puede negarse que es lójica i jeneralmente adoptada en las Institutas. La division que hace el Código no tiene otro objeto que manifestar el motivo de la incapacidad; i aunque no la creo defectuosa, no es tampoco tan esencial, porque ese motivo va implícitamente comprendido en las mismas incapacidades, i el alumno mas mediocre puede por sí mismo conocerlo. Podria asi mismo decirse, que, segun la observacion de la Comision, el Código tiene el defecto de haber colocado en la primera clasificacion de las incapacidades una larga lista, que pudo haberla dividido fácilmente, separando los defectos físicos de los morales.

Tercera clasificacion defectuosa.—La que hago en el núm. 4.º, del ei, la costumbre i la sentencia judicial. Dicen los señores profesores que no alcanzan *cuál haya sido el punto de vista que me haya servido de base para esta division*, porque, segun ellos, nada tiene de comun la sentencia con la lei i la costumbre, pues son de carácter enteramente distinto.—Algo debe tener de comun la sentencia judicial con la lei i la costumbre, cuando el lejislador las coloca en el mismo párrafo. ¿Por qué no habló en él

del contrato o del delito? Porque esto si que no tiene nada de comun con la lei i la costumbre, en el sentido o bajo el respecto que son consideradas en ese párrafo. Si descartamos de él los artículos 4.º i 5.º, no nos quedan otros elementos que la lei, la costumbre i la sentencia judicial. I es sobre manera extraño que sin embargo de espresarlo terminantemente en el texto, la Comision no haya comprendido el vínculo de union, el enlace, i la semejanza que hai en estos tres elementos. En efecto, la sentencia judicial produce derechos i obligaciones lo mismo que la lei i la costumbre; es un principio de autoridad, lo mismo que la lei i la costumbre, i lo que es mas, la sentencia judicial es mas fuerte que la lei i la costumbre. De aquí venia el sabidísimo proverbio romano: *la cosa juzgada hace de lo blanco negro, i de lo negro blanco*, i en otros términos, *res judicata pro veritate habetur*; i como dice la lei de partida, *el juicio afnado ha maravillosamente gran fuerza*. Pero es mas extraño aun que la Comision no se haya fijado en las palabras de la lei, antes de estampar su crítica. El art. 3.º dice: *las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren*. ¡I qué otra cosa es tener fuerza obligatoria sino producir derechos i obligaciones? Ahora será fácil alcanzar la base que sirve para esta division. El método didáctico exige que se reunan todos los elementos semejantes, que se señale su punto de contacto o de semejanza, i que se indiquen despues sus diferencias. Tal es jeneralmente el proceder que he observado en todos los títulos de la Instituta.

Pues bien, la lei, la costumbre i la sentencia judicial se asemejan: 1.º en que las tres son principios de autoridad, i 2.º en que las tres imponen derechos i obligaciones. Se diferencian en que la lei impone una obligacion jeneral; la costumbre solo la impone cuando la lei se remite a ella; i la sentencia judicial solo la impone para los litigantes. La division, es pues, perfecta i luminosa, i la teoría perfectamente ajustada a los principios de la ciencia i a la letra de la lei.

Cuarta division defectuosa.—La que hago de la interpretacion en auténtica i doctrinal.—La Comision echa de menos la interpretacion usual, que era conocida i aceptada antiguamente. Los señores profesores no debian presumir que se me hubiese escapado este miembro de la division si realmente tuviese ahora algun valor o efecto, puesto que ha sido tan conocido que talvez no haya Instituta antigua en que no venga. Si lo omití en mi division es porque el Código no hace mérito alguno de él, i con razon, porque ya no tiene efecto ni valor alguno. Ya estaba prohibido por las leyes antiguas el juzgar por fazañas; i así tenemos repetidos casos del cambio de la interpretacion o de la jurisprudencia en nuestros tribunales. Durante muchos años la Corte de Apelaciones de Santiago estuvo juzgando que bastaba el reconocimiento tácito del padre para declarar la pa-

ternidad ilejítima; i no hace muchos años que el mismo tribunal cambió de jurisprudencia i aplicó con rigor la lei de Toro. Durante muchos años el mismo tribunal decidió constantemente i repetidas veces que la lei de arrendamiento de casas de Madrid era aplicable a todos los pueblos de la República, i lo mismo decidió la Corte de la Serena, segun recuerdo; i no hace muchos años que cambió la interpretacion i se ha declarado por varias sentencias que dicha lei no era aplicable a los pueblos de esta República. Durante muchos años todos nuestros tribunales estuvieron aplicando el capítulo I, de *adulteris et stupro*, en los casos de seduccion; i no hace muchos años que cambió la jurisprudencia de la Corte Suprema, i la han seguido los otros tribunales, al menos el de la Serena. En todos estos casos, i otros mas que pudieran citarse, no se han creído obligados los tribunales a seguir la interpretacion usual. El Código por fin, ha venido a establecer del modo mas esplicito que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la lei se remite a ella. ¡A qué queda reducido entonces el valor o efecto de la interpretacion usual! No a otra cosa que al respeto que merece el dictámen de los juriconsultos, segun las razones en que se funda. De aquí es que el dictámen de un juez de letras merecerá mas respeto que el de la Corte Suprema, si aquel está fundado en mejores o mas sólidas razones; el dictámen de un subdelegado, si se encuentra en el mismo caso, merecerá mas respeto que la Corte Suprema, aunque este se haya repetido uniforme i constantemente en el trascurso de treinta o cuarenta años. Tenemos entonces que la interpretacion usual, no solo carece hoy día de valor o efecto, sino que ademas nada significa, puesto que viene a resolverse en la interpretacion doctrinal. Si las sentencias de los tribunales, por repetidas, uniformes i constantes que sean, no tienen mas valor para poderse aplicar a otros casos, que el que se merecen las razones en que están fundadas, resulta con claridad que si esas sentencias han observado las reglas de la interpretacion doctrinal merecerán que se les atienda, i que se les desprecie en el caso contrario.—En esta division he sido, pues, fiel a los progresos de la ciencia i de la lejislacion.

Quinta division defectuosa.—La que hago de la separacion de bienes; i se critica por haber acumulado tantas divisiones i subdivisiones, que en vez de aclarar las cosas sirven mas bien de confusion i ofuscamiento. Esta critica, como varias otras, si he de hablar con franqueza, no merecia los honores del debate. En mi Instituta dividí la separacion de bienes en *total i parcial*, subdividiendo la primera en *legal i judicial*, i la segunda en *voluntaria i legal*, espresando al mismo tiempo que no puede haber separacion total convencional. Todos los miembros de estas divisiones están espresamente consignados en el Código en varios de sus artículos; i sino, que señalen los señores profesores cuál miembro he agregado yo de mi cuenta.

Por otra parte, los nombres empleados en ella son jurídicos i muy propios, i son de mucha utilidad para concordar algunas disposiciones del mismo Código, como puede verse la que hago del inc. 4.º del art. 151 con la regla 3.ª del art. 166. Nótase además, que la definición que doi de la separación de bienes es vaga, porque puede también convenir a la partición de los bienes de la sociedad conyugal. Esta observación es muy justa, i tanto, que yo desearía que los ilustrados profesores me dijese la diferencia que hai entre *la separación de bienes i la partición de bienes*. Por mi parte no encuentro otra diferencia sino en las causas que las motivan, porque en el hecho son una misma cosa, como lo dice espresamente el art. 158 del Código.

Sexta división defectuosa.—Las que hago en el núm. 154. La Comisión se detiene largamente en señalar lo inusitado, vago, inexacto i fuera de propósito de las divisiones i distinciones que hago en él. Como este párrafo pudiera separarse de la obra sin inconveniente alguno, puesto que no tiene otro objeto, como aparece de manifiesto, que dar la razón de la división del Código, no merecía una crítica tan severa i detenida, ni me ocuparé tampoco mucho en rebatirla. Voi, sin embargo, a notar que si hai algun error en dicho párrafo, son mayores i mas manifiestos los que comete la Comisión en su crítica: 1.º, desecha la primera distinción porque dice que no presta utilidad práctica desde que en el curso de la obra no me vuelvo a ocupar mas de ella. Con esta razón podriamos echar por tierra muchas divisiones i distinciones del Código, i es además falsa, porque despues vuelvo a ocuparme de ella en los números 392 i 597, así como se ocupa el Código de ella en los artículos 1,437 i 2,284; 2.º, se califica de impropiedad el que ponga en correspondencia las palabras *derechos i obligado*, sin que exista tal impropiedad, como puede verse; 3.º, se dice que dicha distinción no tiene fundamento alguno en la lei, porque la división que hace el Código es trimembre i la mía bímembre, lo que también es falso; porque la división que hace el Código en el art. 1,437 es cuadrímembre, pues dice que las obligaciones nacen del contrato, o de un hecho voluntario, o de un hecho que ha inferido injuria o daño, o de la disposición de la lei. I en rigor, la división debè ser de obligaciones que nacen de la lei i obligaciones que nacen de la voluntad del obligado, subdividiendo estas en obligaciones que nacen del contrato i obligaciones que nacen del hecho, el que se subdivide a su vez, en lícito e ilícito, i este último en delito i cuasidelito; de manera que la división no sería trimembre como dice la Comisión; 4.º se niega que la naturaleza de los derechos reales sea obra de la lei, i se niega así mismo que los modos de adquirirlos sean derechos: negaciones manifiestamente erróneas, desde que la naturaleza de los derechos reales es obra esclusiva de la lei, i desde que todo lo que hai en la lei no puede ser sino derecho u obligación, i nadie puede ne-

gar que los modos de adquirir se encuentran en la lei; 5.º se critica el mal empleo de la palabra *transmision*, en cuyo punto estoi conforme con los señores profesores; pero esto no puede llamarse error sino distraccion, semejante a la repeticion de la palabra *persona*, que no puede ocasionar grave perjuicio; 6.º se critica asi mismo el que se diga que pertenecen a la segunda clase las diversas obligaciones de la persona a la prestacion de alguna cosa, porque algunas de esas obligaciones son efecto de la lei. Pero no advirtieron los señores profesores que en el párrafo criticado se habla en jeneral, i sin perjuicio de las exepciones particulares; 7.º la Comision incurre por último en el grave error de afirmar que la division del Código en cuatro libros no descansa en consideraciones intrínsecas de la materia, sino en la importancia i estension de ciertos asuntos; pues, segun esto, el Código seria notablemente imperfecto por haber hecho el libro IV doblemente mas largo que los otros, i porque estos son tambien mas largos los unos que los otros. La Comision no ha notado que en los pocos casos en que hai alteracion se han tenido presentes razones de mayor importancia que las que influyeron para la division jeneral del Código en cuatro libros: así, por ejemplo, de la prenda i de la hipoteca, aunque son derechos reales, no se trata en el libro II sino en el IV, porque son contratos accesorios que no tienen vida o valor sino en virtud del contrato principal; i habria sido ilójico separar lo accesorio de lo principal. Por la misma razon, la prescripcion, aunque es un modo de adquirir, no se trata de ella en el libro II, sino en el IV i al fin, porque, como es al mismo tiempo un medio de estinguir las acciones judiciales, era mas lójico tratar de ella despues de dichas acciones.

4.º *Errores de derecho*.—La Comision los califica de infidelidades o inexactitudes, i señala como tales, 1.º esta proposicion: «La lei que prohíbe o manda no puede ser derogada por el contrato: todo acto en contravencion es nulo.» Aseguran los señores profesores que el Código no dice tal cosa, i en comprobante copian el art. 10; pero no se fijaron en el 12, ni menos en la fuente de donde ha sido tomado, que es el art. 6.º del Código frances que dice: «On ne peut déroguer par de conventions particulieres oux loirs qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs;» que no es otra cosa que la traduccion del axioma: *Privatorum conventio juri público non derogat*; i menos han visto aun la manera como comenta o esplica Delvincourt este artículo diciendo: «Il y a obligation de se conformer aux loirs impératives et prohibitives; et l'on ne peut y déroger par de conventions particulieres, parce qu'elles sont toujours présumentées intéresser l'ordre public ou les bonnes mœurs.» Tampoco se fijaron los señores profesores en que el principio jeneral consignado en la proposicion criticada sufre las modificaciones que espresan las dos exepciones que a continuacion le pongo en el mismo núm. 2.º Así, pues,

podria yo preguntar a mi vez a los señores profesores ¿podrán ser derogadas por el contrato las leyes que mandan dar alimento i educacion a los hijos, respetar i obedecer a los padres i maridos, observar tales requisitos esenciales en los contratos, observar tales solemnidades en los testamentos, etc., etc! Claro es que nó; luego la regla jeneral es que la lei que manda no puede ser derogada por el contrato; i el caso propuesto por la Comisión, del saneamiento por eviccion, entra en la segunda exepcion que yo pongo en mi Instituta, puesto que mira al interes individual i que no está prohibida su renuncia: únicos casos en que la lei que dice que puede ser derogada por el contrato. Es, pues, mui cierta i segura la proposicion que se me critica; i ademas es completa. Los señores profesores me preguntan si la lei que manda o prohíbe puede ser derogada por un acto, v. g., el testamento, olvidando las palabras mismas que toman de mi libro: *todo acto en contravencion es nulo*. Si el testamento es un acto, i todo acto en contravencion de la lei imperativa o prohibitiva es nulo, es claro que no puede derogarlas porque lo nulo no tiene valor.

Segundo error de derecho—Se considera tal la proposicion que sienta en el núm. 35, que dice: *los esponsales producen obligacion natural*. Los señores profesores se atreven a sostener que este es otro testimonio (falso deberá entenderse) que le levanto al Código. Si así fuesen todos los testimonios que se levantasen a mi libro, no me daria por ofendido. El Código define las obligaciones naturales diciendo: «Las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razon de ellas.» Este es el elemento sustancial que señala el Código a las obligaciones naturales. Pero aun cuando el mismo Código hubiera dicho espresamente que los esponsales no producen obligacion natural, no por eso dejaria de ser un error gravísimo, desde que el Código i todos los lejisladores juntos no pueden alterar en un ápice la lei eterna. Parece que se desconocieran completamente la jurisprudencia romana i la española sobre obligaciones naturales, i la innovacion que ha hecho el Código en esta materia. La obligacion natural no es otra cosa que la obligacion de conciencia, como su palabra misma lo indica; i la novedad introducida por el Código consiste en haber limitado a cierto número las obligaciones naturales que producen todos los efectos civiles que señala el mismo Código. Tan cierto es esto, que el lejislador, viéndose embarazado a causa de que muchas obligaciones naturales no se encontraban comprendidas entre las que él enumeró, v. g. algunas que tienen objeto o causa ilícita, tuvo que establecer en el art. 1.468; *no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*. Por la misma razon, no estando comprendidos los esponsales en las cuatro clases de obligaciones naturales que enumeró el Código; pero no dejando por esto de ser obligaciones naturales, tuvo que

decir que pagada la multa estipulada no podría repetirse su devolución. Tan grave es la obligacion natural que producen los esponsales, que el mismo Código dice que los somete al honor i conciencia del individuo; i creí conveniente establecerla en el testo con términos precisos, por temor de que la desconociese algun estudiante, i veo que no me engañé, puesto que los mismos profesores no temen negarla.—Se pregunta la comision si las deudas provenientes de juegos prohibidos son obligaciones naturales, i se contesta ella misma categóricamente que nó. No obstante, el primer ejemplo que propone Delvincourt de obligacion natural es la deuda de juego, i es digna de verse la nota 5.^a de la páj. 117, de la edicion de 1834; i hasta en el Diccionario de Escriche encontramos la misma opinion. Es verdad que los teólogos moralistas no están de acuerdo sobre si el que pierde está obligado a pagar, i hace a mi propósito la razon que alegan los que sostienen la negativa, *quia lex talem ludum prohibendo, videtur ipso facto obligationem naturalem solvendi in pœnam victoris sustulisse*. Antiguamente se distinguían tres clases de torpezas en la causa para establecer la obligacion natural, i por consiguiente la responsabilidad del pago o devolver lo recibido; porque no habiendo obligacion natural, ni pudiendo quedarse nadie con lo ajeno, era resultado preciso el deber de la devolución. Nuestro Código civil no quiso entrar en la distincion de los casos en que hai torpeza por parte del que da i del que recibe, o solo por parte del que da, o solo por parte del que recibe, i estableció, por regla jeneral que no puede repetirse lo dado o pagado por una causa u objeto ilícito o a sabiendas; con lo que salvó el inconveniente que resultaba de haber reducido solo a cuatro clases las obligaciones naturales. Pero el Código no desconoce que hayan otras obligaciones naturales, i por esto en el art. 2,296, al hablar de las obligaciones naturales, se ve precisado a decir de las *enumeradas en el art. 1,470*. Respecto a la jurisprudencia romana i española acerca de obligaciones naturales, puede verse el comentario al art. 1,025 del proyecto de García Goyena; i por lo que hace a la torpeza de la causa, pueden verse los arts. 1,192 i 1,193 del mismo proyecto i sus comentarios.

Finalmente la Comision presenta como muestras de incorreccion el párrafo siguiente: «Las sociedades industriales i las corporaciones o fundaciones de derecho público, v. g. el Fisco, Municipalidades, Iglesias, Comunidades relijiosas i establecimientos que se costean con fondos del Erario, aunque son personas jurídicas, su capacidad activa i pasiva no se rige por las disposiciones de este título, sino que las primeras lo son, segun su naturaleza i circunstancias, por otros títulos del Código civil i por el de comercio, i los restantes por leyes i reglamentos especiales.» Pero es el caso que los señores profesores me relevan de la obligacion de defenderme en este sentido, pues agregan a continuacion,

que *si el jiro de la frase no es de todo punto incorrecto tiene a lo menos el defecto de ser demasiado duro i violento.*

Cuando escribí mi obra no me cuidé tanto de la Gramática como de la Jurisprudencia, ni me figuré que llamase tanto la atención de profesores de este ramo, un *lo que suple ostensiblemente al participio rejidás.* Tampoco está demas la capacidad *activa i pasiva,* porque indica con claridad la aptitud de la persona jurídica para adquirir derechos i contraer obligaciones.

He recorrido uno por uno todos los defectos i errores que la Comision encuentra en mi libro, i la discusion nos da por todo resultado la repetición de una palabra i el mal empleo de otra. ¡Dónde está entonces la *siembra* de errores que los señores profesores aseguran existir en mi obra! Si dos profesores distinguidos, ocupados con todo esmero durante un año, no cosechan por junto mas que una repetición i el mal uso de una palabra, ¿podria concluirse lejitimamente que existe tal *siembra* de errores! Repetiré que siempre se presenta como modelo o ejemplo lo mas notable en su clase; i si he probado, i estoy dispuesto a seguir en la demostracion si fuera necesario, que los defectos i errores que se han señalado, no son tales, parece lójico concluir que los otros que supone la Comision merecerán aun menos esa calificación.

Si se examina con rigor las cualidades que debe reunir todo libro didáctico, se podrá ver que, aun atendiéndose al informe de la Comision, no puede decirse que el libro que he presentado carezca de ellas. En el plan i método no he imitado servilmente a nadie; i no obstante quizás pudiera soportar la competencia con otros que han merecido la aceptación pública.

La Comision reconoce que el texto es completo: no hai en él omisiones. He dicho ya que es mas breve que el Código; i aun cuando es verdad que puede compendiarse mas, esto es mui difícil, i en las actuales circunstancias peligrosísimo. Se dice en el prólogo que nuestro Código no puede ser aun bien conocido, i la presente discusion lo prueba bastante. Cualquier esfuerzo extraordinario que se haga por compendiar, nos espone a una alteracion de la lei o a no ser comprendidos. Si usando de palabras claras i terminantes los profesores han desconocido esta verdad: *la lei que manda no puede ser derogada por el contrato,* i hasta el punto de calificarla de error, ¿qué no podrá suceder con el vulgo! Siendo de notar que esta verdad la encontramos a cada paso en la legislacion antigua, en que se reprueban los contratos que se celebraren *contra las leyes de nuestro libro* i las sentencias que se dictaren *contra las leyes de este nuestro libro,* i que nuestro Código la reproduce en varios de sus artículos, tales como el 1,681 i 1,469. Fácil era por otra parte advertir el procedimiento empleado; pues si el Código dice en su art. 12: *Podrán renunciarse los derechos*

conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interes individual, etc. no he hecho mas que dejar como exepcion la parte permisiva de la lei i establecer como regla la parte imperativa, obedeciendo al principio que dice: *exceptio affirmat regulam in contrarium*. Ademas, mi texto es mas breve que otros muchos que sirven actualmente para la enseñanza, como los adoptados para el Derecho de jentes, el canónico, el administrativo, etc., los que no han sido objetados por su estension, sin embargo de que se les reputa como clases accesorias.

La claridad que se exige de todo libro didáctico no debe obtenerse con la abundancia de palabras, sino con el método, como lo doi a entender en el prólogo; porque si se debe ausiliar la intelijencia del alumno, hai que cuidar de no fatigar su memoria, i en esto se funda tambien el requisito de la brevedad. En este sentido le toca al institutista analizar, coordinar, jeneralizar, clasificar i deducir; marchando en estas diversas operaciones con el arte hermenéutica en la mano, para no alterar la disposicion de la lei i para hacerla mas perceptible. Trabajo difícil i escabroso, i en el que no negaré que pueda haber tropezado varias veces; pero creo haber demostrado que los defectos señalados por la Comision no merecen esa calificacion. Por lo demas, ella reconoce en mi obra el método didáctico i las ventajas que presenta a este respecto.

Por último, voi a permitirme algunas reflexiones acerca de una observacion que hacen los señores profesores respecto a la fidelidad con que deben esponerse las teorías de la lei. Si el lejislador debe ser acatado i obedecido en todos sus mandatos, i en cuanto Supremo Imperante no le es dado al jurisconsulto alterar en manera alguna sus disposiciones, no sucede lo mismo cuando se le considera como hombre de ciencia, o cuando se examina la lei bajo el aspecto científico. Fiel he sido a este precepto de la filosofia i de la escuela, porque he sido fiel en mis extractos o manifestaciones de las teorías legales, sin permitirme jamas licencia alguna para alterarlas o corregirlas, ocurriendo a una nota cuando me he visto precisado a señalar algun error o a emitir siquiera una opinion probable. Mas por lo que toca al aspecto científico, el lejislador cae bajo la férula del jurisconsulto; i éste puede tomarle cuenta de sus doctrinas, señalando sus defectos i equivocaciones, indicando las mejoras que convenga introducir, marcando los vacíos que se encuentren, i hasta corrigiendo las fórmulas i espresiones de que se valga para enunciar sus ideas, porque, como dice un buen escritor, *la impericia o el descuido de los que redactan las leyes no podrán jamas alterar la naturaleza de las cosas*. Esto es lo que constituye la corriente i el progreso de la ciencia; progreso que nadie puede atajar, i cuyo término no lo vemos. El Código no necesita de mis pobres elojios para ser digno de cualesquiera de las naciones mas adelantadas, ni he tenido para qué hacer ostentacion de los resp-

tos i estima que merecen los sábios que concurrieron a su obra; pero de aquí, a que no sea susceptible de mejora i progreso, hai alguna distancia. Quien crea que el Código ha llegado al summum de la perfeccion, no solo contraría a la esperiencia i a la recta razon, sino al mismo Código, que ha previsto en el art. 5.º el medio de mejorarse.

Mui lejos estoi de sostener que mi libro carezca de defectos i errores: si volviera a poner la mano en él tendria algo que corregir i mejorar, no obstante de ser tan reciente su publicacion. I el mismo profesor Delvincour, a pesar de su sabiduría, si pudiese al presente reverer su obra, quizá la dejase tan desfigurada que no la conociésemos, sin que esto haya sido óbice para que se le tome como una de las fuentes de nuestro Código. Esto me conduce a indicar que unas cuantas definiciones defectuosas, i unas cuantas equivocaciones, no forman motivo bastante para rechazar un texto de enseñanza; para eso está el profesor que suple, corrige i mejora. Ni puedo figurarme que la Universidad aguarde que se le presente un texto perfecto, porque, ademas de establecerse con ello una exepcion mui irregular, la ilustre Corporacion sabe bien que ese libro no se le presentará.

Al concluir, me permitirán los señores profesores que componen la Comision, espresarles una queja. Al fin de su informe dicen que en las ciento cincuenta notas que contiene mi libro se dilucidan algunas cuestiones jurídicas de mucha importancia, *estando algunas de ellas tratadas con regular criterio*; lo que debe traducirse en estos términos: que ninguna de las cuestiones está tratada con buen criterio, i muchas, o por lo menos algunas, están tratadas con malo o pésimo criterio. Mui gran servicio me habrian hecho con indicarme estas últimas, porque como estoi persuadido que todas están tratadas con buen criterio, i por eso las he dado a luz, me salvarian de otros tantos errores; i lo que es mas, impedirian que otros menos espertos sufriesen tambien las mismas consecuencias.

Yo espero que la ilustrada Facultad se servirá tener presente las consideraciones que preceden, i darles el mérito que en justicia les corresponda.—Dios guarde a Ud.—*José Clemente Fábres*.—Señor Decano de la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas de la Universidad.

Ya que el señor Fábres se ha servido publicar sus consideraciones referentes a la resolucion pendiente de la Universidad, sobre aprobacion o reprobacion de las Institutas del Código civil, séanos permitido tambien presentar algunas ideas en el estado que ha alcanzado esta cuestion; ideas, que, la verdad sea dicha, no llevan el sello del interes ni de las preocupaciones que cualquiera de los autores pudiera abrigar. Solo nos mueve el simple interes de la ciencia, nada mas que el influjo de los principios

nos obliga a la vez a presentar, en auxilio de la verdad, razones que pudiesen ser algo útiles, mucho mas en esta cuestion que, sobre ser de una importancia capital para la enseñanza, viene afectando a personas mui caracterizadas en la ciencia del derecho.

Los comisionados (señores Cood i Campillo) han fallado en la presente cuestion, han decidido públicamente de la incompetencia i de la errada formacion de semejantes Institutas para servir de texto en la enseñanza del Código civil. Empero, el señor Fábres, autor al parecer mas afortunado en concepto de la Comision, pretende defenderse de los errores i faltas que han sido objetados a su texto, como son: demasiada estension, malas definiciones, i falsedad en las divisiones i clasificaciones. Si no considerásemos mas que las referidas faltas, al momento felicitariamos al señor Fábres; le augurariamos de todo corazon la justa i mui merecida aprobacion de su texto, i el insigne consuelo para él de haber hallado por fin una recompensa digna de su largo i penoso trabajo. Porque, ¿qué importa en esta cuestion el arte de definir, de clasificar i de resumir el fárrago inmenso de materias i de disposiciones contenidas en el Código civil! Si el señor Fábres hubiera dado ya (i lo mismo puede decirse de la Comision) con aquel arte superior, que consigue reducir el contenido vasto i variado de una lejislacion, a una fórmula jeneral i precisa, como debe ser la que aspire a tomar el mui modesto título de *Instituta*; entonces, dejando de paso las estériles e importunas cuestiones de detalle, lo repetimos, al momento habriamos dirigido nuestra felicitacion al autor de un trabajo semejante, en lugar de reconocer con asombro la idea que ha presentado la Comision de semejantes trabajos, i a estos trabajos mismos que se anunciaban al público con el pretendido título de *Institutas*. Que sujetos tan caracterizados, al parecer, hayan emprendido su informe sin fijar los puntos o los principios que iban a guiarlos en el exámen de los trabajos que se les presentaban, marchando a ciegas i sin cautela en las apreciaciones que debian emitir: es una falta que no recomienda en verdad la madurez con que debieron haber procedido. Por esto vamos a trazar algunas observaciones, que denotarán, nos parece, tamaño contraste de la Comision.

Instituta, palabra que suena mui al principio en los oidos del jurista aprendiz, representa una teoría jeneral del derecho, es decir, un sistema de los principios jenerales que deben preceder al estudio o al conocimiento de las disposiciones que contiene una lejislacion. En consecuencia, una *Instituta* puede representar el contenido jeneral de una lejislacion, puede considerarlo bajo el punto de vista de esos mismos principios, pero no puede en manera alguna presentar el vasto i variado conjunto de sus disposiciones o leyes, tales como aparecen en el cúmulo de detalles de que se ocupa la lejislacion. A no ser así, la *Instituta*, no

solo llegaria a ser inútil i estéril, sino que perdiendo su carácter propio, no alcanzaria mas que a presentar las disposiciones de un Código en un espacio poco menor, amalgamadas, confundidas i puestas bajo la presion de un mecanismo violento que las haria reaparecer bajo una forma monstruosa. Los autores de un procedimiento tan extraordinario no habrian logrado mas que convertir la nocion dogmática de la Instituta, en otra empírica i miserable; resultando de aquí ignorada i perdida sin remedio la conveniencia de procurar a la enseñanza del Código un trabajo sistemático acerca de su contenido.

Tal es la idea que han presentado siempre todas las obras que han sabido llevar el título de Instituta, que, en el sabio idioma latino significa *instituciones del derecho, conjunto de principios i disposiciones jenerales concernientes a tal o cual lejislacion, i que constituye en rigor una introduccion jeneral al estudio del derecho positivo.*

En el trabajo que llevase el importante nombre de Instituta se principiaria por la nocion o la idea del derecho, que es la base de todo conocimiento posterior de una lejislacion.

Se trabajaria pues con el auxilio del pensamiento i de la ciencia una esposicion semejante i se pasaria en seguida a formular las divisiones del derecho, principiando por las del orden mas elevado para descender por medio de un desarrollo lójico hasta a las del orden mas inferior.

Aparte de estas i otras nociones, que abrazarian toda la materia concerniente a un discurso preliminar, se entraria de lleno en la materia que abraza el Código civil.

Se podria establecer como punto de partida la division mas elevada, de derechos *in rem et ad rem*, division que deberia esplanarse totalmente para poderla presentar como el contenido de que se derivan las otras divisiones posteriores que abrazan las diversas materias de que se compone una lejislacion. Por ejemplo, la division de personas, cosas i acciones: division en la que, en último término, llegaria a resumirse en los dos últimos libros del Código civil.

Por fin, una vez en estado de conocer la correspondencia lójica, la relacion sistemática que guardasen entre sí todas las materias consignadas en el vasto i variado conjunto de las disposiciones del Código civil, el autor de una Instituta descenderia a presentar una esposicion sistemática de la materia contenida en cada libro, de los cuatro que contiene el dicho Código. Se podria, v. g., presentar, en vista de la teoría jeneral del contenido de una lejislacion, una teoría particular del tratado referente a la materia de que trata el libro 1.º (las personas), i así la de los otros tres libros concernientes a las acciones reales i personales (*jus in rem et ad rem*); i finalmente se llegaria a trazar una verdadera Instituta que representase, como en un cuadro, la síntesis de la gran variedad de disposiciones que

